

RESENHAS

and similar papers at core.ac.uk

provided by

HOW JUDGES THINK

Richard A. Posner

Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2008

Sueli Gandolfi Dallari^()*

Trata-se de obra fundamental para o direito sanitário no Brasil contemporâneo. Com efeito, tem ficado claro que as grandes dificuldades que cercam a realização do direito à saúde no Brasil têm sido debitadas à atuação do Poder Judiciário. Isso certamente não é verdadeiro, mas assim tem-se apresentado, provocando a reação desse poder, que convocou uma audiência pública para discutir o tema em 2009 e recomendou às escolas de magistratura a ministração de cursos de direito sanitário em 2010.

Não há dúvida de que a evolução das decisões judiciais em direito sanitário dependerá da maior familiaridade dos juízes com o tema. Antes de 1988 ele não chegava a ser discutido nesse fórum e — a se acreditar em *Posner* — um século parece ser o tempo razoável para que as normas que introduzem um direito novo adquiram a condição de “ciência normal”, adotando-se a linguagem de *Kuhn*. Assim, muito falta ser construído e é preciso ser paciente, mas, ao mesmo tempo, operoso. Por isso, é indispensável conhecer melhor como os juízes pensam.

(*) Coordenadora Científica, Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo; Professora Titular, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo; Professeur Invitée, Faculté de Droit, Université de Paris X — Nanterre, France (2007, 2008, 2009 e 2010); Professeur Invitée, Faculté de Droit, Université de Nantes, France (2002, 2003 e 2006); Tinker Professor, School of International and Public Affairs, Columbia University, USA (1995). São Paulo/SP — Brasil. E-mail: <sdallari@usp.br>. Recebido em 16.12.10

Essa obra, já clássica — do juiz da *Court of Appeals* (mais ou menos equivalente a um desembargador federal no Brasil), Richard A. Posner — parte da constatação de que existe um forte elemento político na decisão dos juízes estadunidenses. Ela é reconhecidamente influenciada pela experiência do autor e tem como foco as Cortes de Apelação e a Suprema Corte nos Estados Unidos da América, mas seus argumentos são facilmente compatibilizados com a prática dos juízes brasileiros, especialmente aqueles que decidem casos difíceis. Talvez a maior ambição do autor tenha sido oferecer uma resposta que servisse de anteparo à crescente corrente que propõe uma reforma do sistema judiciário estadunidense baseada no “legalismo”, que concebe o papel do Judiciário exaurido na aplicação de regras derivadas das leis e das constituições ou no uso de métodos analíticos que capacitem os juízes a confinar sua atenção no material legal ortodoxo, não deixando espaço para a política.

Como os juízes pensam foi dividida em três partes. A primeira examina o modelo básico, considerando nove teorias positivas do comportamento judicial. As **atitudinais** defendem que a decisão judicial pode ser melhor explicada pelas preferências políticas que ela traz para o caso. Elas são sustentadas também pela inquestionável importância da política na indicação e nomeação dos juízes, pelas intensas batalhas parlamentares na sabatina dos juízes, particularmente dos membros da Suprema Corte, e pela experiência dos advogados e juízes. Uma prova: o resultado de um caso da Suprema Corte pode ser previsto com maior precisão por um conjunto de variáveis que não envolvam a doutrina legal do que por um grupo de peritos em direito constitucional⁽¹⁾. As **estratégicas** — também chamadas teorias positiva e política da lei — têm por hipótese que os juízes não votariam como votam se não tivessem que se preocupar com a reação de seus colegas, dos legisladores e do público. Ou seja, trata-se apenas de bom-senso. Elas são compatíveis com as atitudinais, uma vez que cuidam dos meios e as atitudinais, dos fins, mas são também compatíveis com quaisquer outras teorias de motivação judicial orientadas para objetivos. As **sociológicas** têm seu foco na dinâmica dos pequenos grupos e, assim, nos juízes de apelação. São uma aplicação ou extensão da teoria estratégica combinada com a atitudinal. Derivadas da psicologia social e da escolha racional, elas advogam que a composição da turma influencia o resultado. Juízes não gostam de ser criticados, de ter que revisar a minuta de um voto para apagar alguns sólidos argumentos desfechados pelo dissenso ou, pior ainda, de perder o terceiro juiz para o dissenso. Existe grande pressão para se conformar com a opinião prevalente na maioria dos ambientes sociais, incluindo a deliberação do júri. As teorias **psicológicas e econômicas** da motivação judicial se sobrepõem. A psicológica focaliza as estratégias para lidar com a incerteza, enfatizando

(1) O autor faz referência aqui a vários estudos (ver nota 12, p. 24).

a importância e as fontes do preconceito. A econômica trata do juiz como um maximizador de utilidade, racional e interessado. Os argumentos da função de utilidade judicial incluem a renda, o lazer, o prestígio, o respeito, o prazer intrínseco do trabalho, mas não podem ignorar o custo do processamento de informação. A **organizacional** é construída com base na assunção que juízes e seu empregador (o governo) têm interesses divergentes e que o empregador tentará criar uma estrutura organizacional que minimizará essa divergência e que o empregado resistirá. As **pragmáticas** se referem a basear os julgamentos ou as decisões nas consequências, ao invés de deduzi-los das premissas como um silogismo. As **fenomenológicas** são a ponte entre a teoria pragmática e a legalista, lembrando que a fenomenologia estuda a experiência apresentada para a mente consciente. A pergunta é, então, como é para você tomar uma decisão judicial? O **legalismo** toma por hipótese que as decisões judiciais são determinadas pela “lei”, concebida como um corpo de regras preexistentes encontrado no material legal, tais como textos constitucionais e legais e decisões anteriores da mesma Corte ou superiores, ou deriváveis desse material por operações lógicas. Tratando a lei como uma disciplina autônoma, o legalismo se opõe como teoria ao pragmatismo mas, sobretudo, à teoria atitudinal. *Posner* está convencido de que a lei está impregnada de ideologia e que a concepção razoável de lei é tripartite, envolvendo a lei como doutrina (regras e padrões), as técnicas para derivar e aplicar as doutrinas (técnicas tais como o precedente ou a súmula vinculante), e a visão social e ética (ou seja, política). E lembra que, frequentemente, seguir um precedente significa fazer uma escolha política entre precedentes competidores ou uma interpretação política do escopo do precedente. Aderir aos precedentes estabelecidos por uma corte superior é uma das regras do jogo judicial que os juízes internalizam. Os legalistas podem encontrar os pragmáticos no meio do caminho, aceitando a legitimidade da interpretação teleológica das regras. Essa interpretação é política e deve ser, segundo *Posner*, aquela política que o legislador quer que a lei promova.

Ainda na primeira parte, buscando caracterizar o modelo básico, o autor afirma que essas teorias a respeito da motivação judicial podem ser integradas se concebermos o juiz como um trabalhador que participa de um mercado de trabalho pouco usual. E, em seguida, ele passa a caracterizar tal mercado, lembrando que as autoridades que indicam os juízes têm dois objetivos que se contrapõem: indicar bons juízes, que aplicarão as normas legais e constitucionais livres de interferências políticas, mas bons juízes que se inclinam a favor dos objetivos políticos da Administração. Considerando o lado vendedor do mercado, o autor lembra que a maior parte dos candidatos a juiz valoriza mais o lazer e o reconhecimento público em relação à retribuição financeira e tem maior aversão ao risco que os advogados. *Posner* concorda com *Cardozo* e está convencido de que, mesmo quando a única coisa que o juiz faz é encontrar os fatos, ele é grandemente influenciado pelo preconceito. Sendo que talvez a maioria dos juízes negará que traz preconceito para analisar seus casos.

O autor examina, em seguida, a hipótese do juiz como um eventual legislador. Para ele, os juizes das Cortes de Apelação decidem em campo aberto, criando o direito mais do que o descobrindo. Seu trabalho, contudo, é muito mais vinculado do que o do legislador. Com frequência, o juiz primeiro deriva a regra livremente e, então, a aplica mecanicamente ao caso concreto, prevalecendo, portanto, o julgamento legislativo sobre o legalista. A quantidade de legislação que um juiz faz depende de sua “zona de conforto”, a área na qual ele pode decidir o caso sem se desagradar. Essa zona de conforto varia em função da lei: é mais estreita em casos de consenso ideológico e mais larga em casos constitucionais, onde suas emoções estão envolvidas. Tudo isso sem ignorar o termo *rule of Law* (Estado de Direito para a tradição civilista). *Posner* afirma querer que os juizes normatizem (regrem) a questão, conservando algum grau de generalidade, previsibilidade e publicidade. A isso, que chama de “justiça corretiva”, ele qualifica como uma doutrina onde a função de adjudicar o processo é corrigir os erros e não escolher o favorito entre os litigantes.

Para encerrar a primeira parte, dedicada como visto a discutir o modelo básico, o autor examina a mentalidade do juiz legislador. Começa pelas fontes da ideologia do juiz (moral, religião, formação escolar, experiência anterior) que envolvem, necessariamente, os fatores psicológicos. A intuição, as emoções e o preconceito são para *Posner* uma forma telescopada de pensamento ou tácita, em contraste com o raciocínio, passo a passo, explícito, lógico. A redação da decisão, então, pode ser entendida como uma tentativa de explicar como ela poderia ter sido concebida com base no raciocínio explícito, lógico, passo a passo. Depois de percorrer a literatura sobre autoritarismo, o autor afirma existir relação entre personalidade e política, distribuindo os juizes estadunidenses num espectro que tem na extrema direita o juiz autoritário/conservador e na esquerda os não autoritários/liberais. E introduz dois argumentos que liquidaram o realismo legal (entre nós, os estudos críticos): os realistas exageraram no campo aberto e impuseram obstinação aos juizes, o que era implausível, pois um julgamento obstinado é claramente uma violação das regras do jogo. *Posner* conclui que o maior reconhecimento do papel do pessoal, do emocional e da intuição nos julgamentos não diminui a força desses fatores na decisão judicial, porque não há alternativa e os juizes têm que decidir com os instrumentos que eles têm à mão.

Na segunda parte — o modelo elaborado — *Posner* começa a discutir a influência do ambiente judicial no ato de julgar, incomodado com o fato da relativa liberdade dos juizes para decidir ser limitada pela internalização dos usos e costumes do “jogo” judicial. Ele examina diversos tipos de carreira [os árbitros (privada), os juizes de carreira (da tradição romana), os eleitos, os juizes federais estadunidenses e a Suprema Corte]. Cuidando, então, do juiz de carreira, um funcionário público, ele afirma que o modelo tende a criar uma oligarquia que se autoperpetua em razão da promoção estar atrelada

ao julgamento dos juízes que hoje ocupam os postos superiores. Dispositivos importantes para o controle dessa burocracia são a existência de códigos normativos bem detalhados e a existência das varas especializadas. Esse modelo tende a gerar juízes mais legalistas que pragmáticos, pois a obediência às regras é condição para a promoção. Nessa condição pouco criativa, os professores de direito passam a ser vistos, diferentemente do que acontece no sistema anglo-saxão, como fontes do direito. O autor nota, entretanto, que nem o código mais detalhado pode prever todos os casos e assim há muito adjudicação “política” nos sistemas de direito civil. Apesar disso ele reconhece que a convivência nesse ambiente profissional estreito dá aos juízes pouca efetividade como legisladores ocasionais. Em seguida, Posner reforça a necessidade do precedente para dar alguma estabilidade aos sistemas em que a lei não é codificada, e afirma que os juízes estadunidenses são fortemente motivados para aplicar o precedente não apenas por quererem encorajar a aderência ao precedente que eles mesmos criaram, mas, sobretudo (e isso é verdadeiro para a maioria dos juízes) porque querem limitar sua carga de trabalho. E curiosamente, conclui que “seria prematuro abraçar medidas de performance como um método para incentivar ou constranger os juízes”⁽²⁾. Vale ressaltar seu comentário sobre a Suprema Corte (espelho pretendido por nosso Supremo Tribunal Federal), um tribunal verdadeiramente político, de modo a fazer com que uma análise do comportamento dos Ministros, especialmente nos casos constitucionais, possa compará-lo ao dos atores políticos convencionais. De fato, com a passagem do tempo transformando as condições e o entendimento da Constituição, existe pouco limite para a discricção no direito constitucional, exceto as batalhas e outras manifestações da opinião pública.

Richard Posner segue nessa parte discutindo a estabilidade e o salário como hipóteses de alteração do ambiente e o constrangimento interno do método judicial, exclusivamente no sistema estadunidense. Assim, reconhece que por ser o juiz um legislador eventual seu julgamento pode ser influenciado pela emoção, ideologia e também pela compreensão “objetiva” de qual seria a “melhor” política legislativa a ser adotada na resolução do caso. Identifica, então, dois conceitos de lei: 1) a lei é distinta da Política e das políticas, um complexo de regras, direitos e princípios, e 2) lei é o que os juízes fazem. Posner denomina o primeiro legalismo e o segundo pragmatismo e critica Dworkin, um legalista, que chamou “princípios” suas políticas preferidas (*policies*) e instou os juízes a decidir de acordo com tais princípios e a ignorar outras políticas, consignadas na legislação. E insiste: a técnica legalista dá à decisão judicial uma aparência de rigor intelectual, esquecendo que, frequentemente, depois de excluída a alegação imprestável existe ainda uma irredutível incerteza a respeito dos fatos reais do caso. Regras e precedentes buscam a certeza ao preço de perder a oportunidade de obter

(2) Cf. p. 150.

informação potencialmente relevante da experiência com casos novos. A vantagem dos padrões é que permitem a incorporação da informação obtida à lei depois de sua promulgação, dispensando novo processo legislativo. Ele reconhece, contudo, que muitas vezes fica claro, mesmo do ponto de vista pragmático, a superioridade da lei aos padrões, apesar de acreditar existir uma larga margem onde a escolha pela lei ou o padrão depende muito mais do julgamento político do que de um exercício de lógica.

Em seguida, o autor discute os mais interessantes métodos de raciocínio dos legalistas: o raciocínio por analogia e a interpretação. E, por exemplo, prova que consultar precedente tentando resolver um caso novo é procurar ideias políticas que possam ser aplicáveis ao caso novo. Porque pertence à retórica legal e não ao pensamento legal, o raciocínio por analogia obscurece os julgamentos políticos que devem determinar o resultado. Quanto à interpretação, ela é uma atividade humana intuitiva e natural, não regrada, lógica ou passo a passo. A interpretação pressupõe uma intenção e se não há intenção atrás de um documento coletivo como a lei, não há campo para a interpretação. E novamente com exemplos esclarece que em circunstâncias históricas particulares o pragmatismo pode exigir o legalismo. Para ele, entretanto, não há dúvida de que o legalismo não seja a resposta estratégica para o sistema judicial estadunidense, tricameral, federal, com partidos políticos fracos e indisciplinados e cujos autores da Constituição foram sábios, mas não videntes. A interpretação legalista impede uma legislação democrática, impondo um significado arbitrário para os textos legislativos. Bons juízes pragmáticos pesam dois tipos de consequência: caso específico e sistêmica.

No capítulo subsequente, *Richard Posner* faz interessante comparação entre os juízes e os professores de direito e constata que há pouca influência recíproca entre eles: em geral, os juízes não se preocupam com o que os professores de direito pensam deles, os professores de direito estão pouco interessados na avaliação individual dos juízes e, nos Estados Unidos da América, há grande alienação dos professores de direito da prática forense. Ele tece críticas contundentes ao ensino jurídico, verificando que as escolas têm ainda um longo caminho a percorrer para superar a “vergonhosa” aversão dos estudantes à matemática, à estatística, às ciências e à tecnologia para responder à enorme intersecção dos vários campos presentes nas leis. E sugere que o comportamento acadêmico mais interessante para mudar o Judiciário seria a comparação das opiniões dos juízes em determinados casos famosos, com a opinião do juiz singular, a ementa, os argumentos dos advogados e eventuais memorandos internos do tribunal escritos pelo juiz, seus colegas ou assistentes. Uma série de estudos críticos poderá lançar luz sobre o método e a qualidade do juiz. É necessário, contudo, que se nomeie o juiz, pois ele não é apenas uma máquina de calcular e nem fungível. Deixando de fazer isso, a academia perpetua a falsa noção do comportamento judicial independente. E os assim formados assistentes dos juízes, hoje em

maior número, perpetuam o legalismo. Para ele, uma importante função da academia seria realizar a investigação sócio-política dos fatos e apresentar o resultado para os tribunais.

Buscando responder se a adjudicação pragmática é inescapável, o autor examina o pragmatismo na história, verificando que o legal e o filosófico evoluíram juntamente, e qualifica *Habermas* como um notável pragmático. O movimento direito e economia deu uma contribuição real para o pragmatismo jurídico: a diversidade dos pontos de vista moral e político induz ao proceduralismo, que fornece um terreno comum onde as pessoas em posições antagônicas podem se encontrar. O pragmático está mais interessado em esmiuçar as consequências do que em realizar a análise semântica ou lógica das doutrinas legais. O pragmatismo oferece um guia local mais que universal para a ação judicial. Raramente, ele consegue oferecer a informação necessária para a decisão ótima, mas produz uma aproximação suficientemente boa para fins legais. Um princípio fundamental para o pragmatismo legal é que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio legal de qualquer outro raciocínio prático. Ele reconhece a inevitabilidade de que casos iguais serão frequentemente tratados de modo inconsistente não apenas porque diferentes juizes pesam as consequências diferentemente segundo sua experiência, educação, ideologia, que molda seus preconceitos e assim sua resposta aos argumentos e provas, mas também porque, pela mesma razão, diferentes juizes veem diferentes consequências. E para controlar a tendência ao cinismo, *Posner* argumenta que os juizes serão mais sóbrios se perceberem que estão exercendo discricionariedade do que se pensarem ser apenas uma corrente de transmissão para decisões tomadas em outras esferas. O bom pragmático é o juiz constrangido a ser pragmático: ele deve jogar pelas regras do jogo judicial, que permitem a consideração de certos tipos de consequência e não de outros. E para o autor não há alternativa para o juiz contemporâneo, nos Estados Unidos da América, ao pragmatismo legal.

Assim, na última parte de seu livro *Richard Posner* discute a Suprema Corte como um tribunal político, no sentido de que seus membros são orientados pelas consequências políticas de suas decisões. E aí cuida de inúmeras experiências na história estadunidense e também dos dois sentidos do “ativismo judicial”: 1) alargamento do poder judicial à custa dos demais ramos do governo e outro apropriado pelos legalistas 2) que minimiza o poder judicial, para quem os juizes devem devolver o poder para os eleitos, de quem eles usurpam por meio de suas construções frouxas. Ele descreve assim o comportamento de um juiz experimentado: “lê o resumo do caso, discute o caso com seus assistentes, ouve a sustentação oral, talvez examine o processo aqui e ali, faça uma nova leitura, discuta brevemente o caso com outros colegas, e das informações e percepções coligidas dessas fontes, filtradas pelos preconceitos baseados na experiência, temperamento, e outros

fatores pessoais, tomam sua decisão.”⁽³⁾ E conclui que se a Suprema Corte é irremediavelmente um tribunal político quando decide matéria constitucional, devemos esperar que — pelo menos — ela seja restringida no exercício desse poder, reconhecendo o caráter subjetivo e as inseguras fundações da jurisprudência constitucional.

Em seguida, ele cuida das teorias constitucionais abrangentes na história legal estadunidense, concluindo que juízes políticos usualmente votam do mesmo modo apesar de suas diferentes filosofias políticas: as filosofias judiciais não enfraquecem as preferências políticas. E termina a terceira parte enfrentando a questão do “cosmopolitismo judicial”, ou seja, se e em que circunstâncias a Suprema Corte deve citar uma decisão internacional ou estrangeira. *Posner* afirma que os juízes são propensos a citar a jurisprudência estrangeira pela mesma razão que preferem nomear uma decisão anterior a formular uma nova posição: eles são tímidos para falar de própria voz. Argumenta, contudo, que admitir a autoridade do direito estrangeiro é supor que os juízes constituem uma única comunidade de sabedoria e consciência. Além, é claro, do caráter não democrático dessa prática.

Em conclusão, *Richard Posner* reafirma que julgar é político e pessoal, no sentido de que os atributos pessoais do juiz — incluindo características como raça e sexo; traços pessoais (como o autoritarismo); experiência pessoal e profissional — influem no julgamento. E é também impessoal e não político no sentido que a maioria das decisões judiciais é resultado da neutra aplicação de regras que não foram estabelecidas na ocasião para os fatos dados. Para a maioria dos juízes os mais fortes constrangimentos internos são o desejo de autorrespeito e respeito dos outros colegas e profissionais do direito, que o juiz consegue sendo um bom juiz, e a satisfação intrínseca de julgar, que frequentemente é maior para o bom que para o mau juiz. O legalismo falha gravemente ao não conseguir refutar a hipótese de que as inclinações pessoais e políticas influem nas decisões judiciais. A atual exaltação do legalismo é em grande medida uma reação dos pensadores legais politicamente conservadores à expansão dos direitos, pois os conservadores perceberam que é retoricamente mais efetivo chamar as decisões progressistas de “não derivadas de lei” do que chamá-las de progressistas. Mas, sobretudo, *Richard Posner* exorta as escolas de direito a olharem com atenção para o Judiciário e estimularem o estudo da influência exercida pelas características pessoais e profissionais nas decisões dos juízes.

(3) Cf. p. 299.